in der Nachweisung der gültig erworbenen B. P., der Zweck ist auf Erlangung des Besitzes der körperlichen, in dem Besitze des Beklagten sich befindenden, Sachen gerichtet. Die Erreichung dieses Zweckes kann dadurch nicht aufgeschoben werden, daß der Beklagte behauptet, er sei in der Lage, dem bonorum possessor die Erbschaft zu evinciren. Dafür ist aber auch die Klage nur eine possessorische und es kann gegen den Sieger noch immer die petitorische hereditatis petitio angestellt werden, gerade so, wie nach angestellten Interdicten noch immer die rei vindicatio gebraucht werden kann. Dieses Interdict, das im heutigen Rechte noch gerade so vorkommt, wie im alten, ist in Rücksicht auf die Person des Klägers, des Beklagten, den Zweck und den Beweis wesentlich von der hereditatis petitio im Allgemeinen verschieden: in Beziehung auf den ersten und letzten Punkt stimmt es dagegen mit der *possessoria* hereditatis petitio überein.



VII.

Einiges über die Verpflichtung zur Alimentation im Ehebruch erzeugter Kinder, und ob dieselbe auf die Erben des Schwängerers übergehe.

Vom Herrn Bürgermeister Duntze in Bremen.

In diesem Archiv [1]) finden sich zwei Aufsätze, der eine von Spangenberg, der andre von Kaucher, über die Frage: ob Aeltern, insbesondere der Vater, verpflichtet seyen, ihre im Ehebruch erzeugten Kinder zu alimentiren.

1) Bd. 1. No. V. und Bd. 3. No. XXVI.

Beide suchen darzuthun, daß diese Frage nach einer richtigen Theorie zu verneinen sey. Ihre Deduction geht im Wesentlichen dahin, daß das Römische Recht ganz unbezweifelt eine solche Verbindlichkeit nicht anerkenne, vielmehr ausdrücklich verwerfe, und daß es irrig sei, wenn die Rechtsgelehrten fast allgemein annehmen, daß das Canonische Recht dieses geändert habe, daher es denn auch für die heutige Anwendung, der Theorie nach, beim Römischen Rechte bleiben müsse. Spangenberg gibt jedoch als ausgemacht zu, daß aus der hier in Frage stehenden Stelle des Canonischen Rechts [2]) durch einen bestehenden Gerichtsgebrauch und die sogenannte Praxis, jene Alimentationsverpflichtung als gegründet, und zur Zwangspflicht erhoben, angenommen werde. Kaucher hingegen meint eines Theils, daß eine solche entschiedene Praxis sich nicht nachweisen lasse, und andern Theils, wenn dies auch der Fall, daß dieselbe jedenfalls kein Gesetz sei, und die Billigkeit, worauf man sich berufe, nur dann als Entscheidungsgrund gelten könne, wenn kein Gesetz über den vorliegenden Fall vorhanden sei, oder, wenn die bestehenden Gesetze nicht geradezu entschieden, jedenfalls also nicht hier, wo sie mit den klaren Worten eines ausdrücklichen Gesetzes im Widerspruch stehe.

Ein vor einiger Zeit in A. vorgekommener Rechtsfall, wo ein Ehemann mit einem unverheiratheten Frauenzimmer ein Kind erzeugt hatte, und wo nun, nach dessen Tode, seine Erben von der Mutter dieses Kindes auf die herkömmlichen Alimente besprochen wurden, hat den Einsender dieses Aufsatzes, da er von dem Referenten in dieser Sache um seine Meinung befragt wurde, veranlaßt, über den vorliegenden Gegenstand weiter nachzudenken, und er erlaubt sich, die wesentlichsten Gründe, aus denen das Gericht, dem Antrage gemäß, erkannte, hier mitzutheilen, wäre es auch nur, um durch eine Zusammenstellung der Argumente, welche der An-

---

2) Cap. 5. X. de eo qui duxit in matrimonium.

sicht von Spangenberg und Raucher entgegenstehen, zu einer weitern Prüfung dieser Lehre anzuregen.

Daß dabei zunächst die Umstände des vorliegenden Falles und die von dem Beklagten vorgebrachten Vertheidigungsgründe berücksichtigt sind, wird um so weniger einen Anstoß erregen können, da die letzteren durchgängig aus den beiden vorhin erwähnten Abhandlungen genommen waren, und da die hier mit zur Erörterung kommende Frage über die Verbindlichkeit der Erben, mit dem eigentlichen Gegenstande jener beiden Aufsätze in so nahem Zusammenhange steht, und an sich selbst schon nicht ohne alles Interesse seyn dürfte; wie denn ja auch der Raucherschen Abhandlung ein concreter Fall zum Grunde liegt.

---

§. 1.

Bei der Frage: ob die Klägerin überhaupt ein Klagrecht auf Alimente habe, weil derjenige, mit welchem sie das Kind erzeugt, ein verheiratheter Mann war? — muß man zuvörderst davon ausgehen, daß nach einem ganz allgemeinen und namentlich in A. von jeher unbestrittenen Gerichtsgebrauch, den auch die Beklagten nicht im mindesten in Abrede stellen, der Vater der unehelichen Kinder, für diese, deren Mutter zur Leistung der Alimente verpflichtet ist, und zwar nach der, auf eine frühere Regiminal-Verfügung sich gründenden, Praxis. jährlich 16 Thaler, bis zum vollendeten 14ten Jahre, in vierteljährigen Ratis pränumerirend, zu bezahlen.

Unter Voraussetzung dieser allgemeinen Regel kann es sich also nur fragen: ob davon bei einem *partus adulterinus* eine Ausnahme rechtlich begründet sei?

§. 2.

Die Beklagten berufen sich nun dieserwegen auf die Auth: Ex complexu Cod. de incestis et inutilibus nuptiis und Nov. 89. Cap. 15.

Allein jene Authentica, welche aus der Novella 89. Cap. 15. genommen ist, spricht ganz deutlich nur von *incestis nuptiis*, von einer incestuosen oder blutschänderischen Ehe, gehört also gar nicht hieher.

Dieß zeigt außerdem 1) die unmittelbar vorhergehende Auth. incestas nuptias, und die Rubrik des Codex, unter welchen beide Authentiken rangirt sind; wie denn auch der unmittelbar vorhergehende Titel von der Ehe überhaupt, so wie der gleich darauf folgende von verbotenen Ehen handelt. 2) Der Umstand, daß der Ausdruck complexus incestus, nefarius, damnatus — in den Gesetzen nie von einem ehebrecherischen, sondern immer nur von einem blutschänderischen Beischlafe gebraucht wird, d. h. von einer fleischlichen Vermischung unter Personen, bei denen er wegen Blutsfreundschaft oder Affinität speciell untersagt ist [3]).

Will man einmal nach Römischem Rechte außer dem Incest von einem außerehelichen concubitus, nefarius et damnatus reden, so ist nicht abzusehen, warum nicht dem stuprum diese Benennung ebensowohl als dem adulterium beizulegen sei, da jenes eben so gut wie dieses durch die L.

---

3) §. 1. J. de nuptiis. *Gajii* institutionum commentarii 4. Lib. 1. §. 64. (Berliner Ausgabe des Veronesischen Manuscripts e codice rescripto, von 1820, p. 24.) L. 45. Cod. de episcopis et clericis. Nov. 12. Cap. 1. L. 3. Cod. Theod. de incestis nuptiis (III. 12. in Hugo jus civile antejustinianeum. Tom. I. p. 347). Conf. Collatio L. L. Mosaicarum et Romanarum Tit. 6. No. 4. 5. (bei Hugo a. a. O. Th. 2. S. 1437). L. 1. §. 3. D. de concubinis. *Cujacius* ad Nov. 12. .... nam haec Novella *nuptias naturae contrarias* promiscue appellat incestas, nefarias, damnatas, uno facinore notato variis appellationibus. *Rittershusen* novellarum expositio methodica. Pars 4. Cap. 2. No. 8 — 10 (editio 3. p. 196). *Brissonius* de verbor. signific. voce nefas. Thibaut System des Pandektenr. §. 346 (edit. 5.); insbesondre *Arnold Heise* Diss. de successoribus necessariis. Gottingae 1802. §. 25. 29.

Julia de adulteriis schwer verpönt und mit infamia belegt ist [4]).

§. 3.

Und was die Nov. 89. cap. 15 betrifft, so redet auch diese nur von Kindern, die aus einer verbotenen blutschänderischen Ehe geboren sind.

Dies ergibt sich ganz deutlich aus dem Zusatze: non enim hoc vocamus nuptias — indem hieraus erhellt, daß hier nicht von jedem Beischlafe, sondern von einer unter der wirklichen Form der Ehe eingegangenen Verbindung die Rede ist, die nur deswegen nicht als eine wahre gültige Ehe angesehen wird, weil sie an sich, als incestuos, ungesetzlich, daher in der That im Rechtsverstande keine Ehe ist und diesen Namen nicht verdient [5]).

Dazu kommt, daß, wie Heise [6]) klar nachgewiesen hat, nach einer richtigen Uebersetzung des griechischen Textes, in jener Novelle nur gesagt ist, daß der Vater solchen

4) §. 4. J. de publicis judiciis. L. 6. §. 1. L. 7. D. ad L. Juliam de adulteriis. L. 101. pr. D. de verb. signific. L. 3. §. 1. D. de concubinis. L. 7. D. de publicis judiciis. Tit. Cod. de adulteriis et stupro. L. 10. 22. Cod. de adulteriis. L. 25. Cod. ad L. Juliam de adulteriis. *Cujacius* ad Lib. 1. Tit. 3. Cod. (operum posth. appendix, Pariser Ausgabe, p. 551) ... nothi sunt naturales suscepti ex concubinatu, qui erat permissus legibus, spurii non possunt naturales dici quorum nomen est turpe. *Brouwer* de jure connubiorum lib. 1. cap. 26. no. 2. 3. (edit. 2. p. 283). *Gottschalk* selecta disceptationum forensium capita. Tom. 3. cap. 9. pag. 123 — 125.

5) §. 12. J. de nuptiis. *Rittershusen* l. c. No. 21. p. 197. „Praeterea liberi etc.“ *Heise* l. c. §. 29. p. 52, woselbst auch p. 53 näher gezeigt ist, daß Justinian nach dem ganzen sonstigen Inhalt der Novelle nur die Absicht gehabt haben kann, von solchen incestuosen Verbindungen hier zu reden.

6) l. c. §. 30.

Kindern keine Alimentation zu geben habe. Hierin liegt nun aber nichts neues, sondern es ist nur eine Anwendung der allgemeinen Regel des Römischen Rechts, daß der Vater seinen unehelichen Kindern, außer den mit einer eigentlichen Concubine erzeugten, keine Alimente schuldig sei. Denn so wie nur diese im eigentlichen, bei den Römern erlaubten Concubinat [7]) erzielten Kinder (liberi nothi s. naturales) vom Vater Alimente verlangen können, so werden alle andre, selbst die mit einer ehrbaren ledigen Frauensperson erzeugten (spurii), nach Römischem Rechte als vaterlos (quaesi sine patre filii) betrachtet. Die spurii haben in dieser Hinsicht vor den vulgo quaesitis u. s. w. nicht den geringsten Vorzug [8]).

Da nun aber nach dem heutigen allgemeinen, namentlich auch für A ganz entschiedenen, Gerichtsgebrauch jene Regel bei uns wegfällt, und der stuprator der stupratae für seine unehelichen Kinder überhaupt Alimente schuldig ist, so verliert die Disposition der allegirten Novelle für uns alle Anwendung [9]).

---

7) L. 3. §. 1. L. 4. D. L. 1. Cod. de concubinis. L. 3. §. 5. Cod. de naturalibus liberis. L. 5. Cod. ad Sctum. Orfitianum. L. 13. D. ad L. Juliam de adulteriis. Nov. 18. cap. 5. *Brouwer* l. c. Lib. 1. cap. 27. No. 19—26. (edit. 2. pag. 318—322).

8) *Gajus* l. c. *Ulpiani* fragmenta Tit. 4. §. 2. (bei Hugo l. c. Tom. 1. p. 21). §. 12. J. de nuptiis. L. 23. D. de statu hominum. Auth. Licet Cod. de naturalibus liberis. Nov. 89. cap. 12. §. 4. 12. *Heise* l. c. §. 23. Thibaut a. a. O. §. 348. ab initio (3te Aufl. Th. 1. S. 263). Archiv für die civilistische Praxis, 1. Bd. No. 5. S. 84—86.

9) *Heise* l. c. §. 31. in fine. „Cum enim probatum dederim „liberos adulterinos eodem cum aliis illegitimis jure uti, „quid interest, an tales liberos adulterinos, vel simpli- „citer illegitimos nominemus.“

§. 4.

Dazu kommt denn noch, selbst hievon abgesehen, daß das von der Klägerin geborne Kind, dessen Alimentation von dem Vater, jetzt von dessen Erben, verlangt wird, nach Römischem Rechte gar nicht als partus adulterinus anzusehen ist, da das Römische Recht zu dem Begriff des adulterium den Beischlaf mit einer Ehefrau wesentlich erfordert, den Beischlaf eines Ehemannes mit einem ledigen Frauenzimmer aber gar nicht als Ehebruch characterisirt [10]).

Käme es hier nun wirklich auf die Nov. 89. cap. 17. an, so könnte sie doch jedenfalls nur ein adulterium im Sinne des Römischen Rechts im Auge haben, und man könnte also doch immer eine so gehässige und exorbitante Disposition nicht auf Kinder übertragen, die nach der Ansicht des Gesetzgebers selbst gar keine adulterini sind [11]).

Aus dem Römischen Rechte kann also diesem allen nach nichts entnommen werden, was der Klägerin entgegensteht.

§. 5.

Sieht man dagegen auf das Canonische Recht, so würde es auch darauf, eben aus dem vorhin schon angeführten Grunde, daß der frühere Grundsatz: ein Vater sei seinen unehelichen Kindern (mit Ausnahme der im Concubinat erzeugten liberi naturales) überall keine Alimente schuldig — jetzt, anerkannt durch eine spätere Praxis, aufgehoben ist, nicht ankommen, selbst wenn es das verordnete, was die Beklagten darin finden wollen.

Allein auch dieses ist keinesweges der Fall. Denn wenn

10) L. 6. §. 1. L. 34. D. ad L. Juliam de adulteriis. L. 18. Cod. eod. L. 225. D. de verbor. signific.

11) A. D. Weber über die Anwendung des Röm. Rechts in deutschen Gerichten, §. 21; in dessen Versuchen über das Civilrecht, No. 1. S. 62. 63.

in neuern Zeiten, Spangenberg und Raucher, auf welche die Beklagten sich berufen, die Disposition der cap. 5. X. de eo qui duxit in matrimonium, in fine, dadurch wegzudemonstriren versucht haben, daß sie annehmen: die zehn mit der M erzeugten Kinder seien erst nach dem Tode der rechten Ehefrau A geboren — so ist dagegen zu erwägen, daß, da das Gesetz auf den Umstand, wann die decem liberi erzeugt sind, indem es dessen überall nicht erwähnt, auch keine Rücksicht nimmt, wir nicht befugt sind, seine Entscheidung durch eine willkührliche Supposition zu beschränken. Wäre der Grund der Entscheidung darin zu suchen, daß jene Kinder gar nicht im Ehebruch erzeugt seien, so würde ja gerade dieser Umstand hervorgehoben seyn. Dieses ist aber im Geringsten nicht geschehen, und so darf auch der Richter diesen Entscheidungsgrund nicht als einen solchen, auf den hier alles ankomme, hineintragen, und dieses um so weniger, weil, selbst nach allem, was Raucher darüber gesagt hat, es immer noch höchst zweifelhaft bleibt, ob in dem concreten Falle die sämmtlichen Kinder erst nach dem Tode des A erzeugt seien.

§. 6.

Was aber das cap. 13. X. qui filii sint legitimi betrifft, so beschränkt sich das Dispositive desselben darauf, daß der Papst das Gesuch um Legitimation abschlägt; die Worte aber: secularibus quoque legibus non solum repellentibus eos a successione paterna, sed negantibus ipsis etiam alimenta — stehen blos enuntiativ da. Sie kommen also, insofern man daraus deduciren will, daß der Vater seinen liberis adulterinis heut zu Tage keine Alimente schuldig sei, aus einem doppelten Grunde nicht in Betracht. Einmal darum schon, weil der Papst nur enuntiativ das aussagt und nur das aussagen will, was das Röm. Recht disponirt, und was allerdings, wie schon vorhin weiter ausgeführt ist, nach R. R. seine volle Richtigkeit hat, daß

nämlich uneheliche Kinder — wenn sie keine naturales sind, mögen sie nun spurii, vulgo quaesiti oder adulterini seyn — ihrem Vater, wenn er auch in concreto erweislich gemacht werden könnte, weder succediren, noch von ihm Alimente fodern können. Und dann darum, weil, wenn es auch anders wäre, so viel ganz klar ist, daß der Papst offenbar keine absichtliche Veränderung oder Abweichung vom R. R. hat einführen wollen, als in welchem Falle nur das Canonische Recht vor dem Römischen den Vorzug verdient [12]).

§. 7.

Das cap. 6. qui filii sint legitimi gehört vollends gar nicht hieher, da es blos aussagt, daß solche Kinder dem Vater nicht succediren sollen, zu geschweigen, daß viele Rechtslehrer diese ganze Vorschrift auf den am Ende besonders hervorgehobenen Fall: praesertim si in mortem uxoris prioris alteruter eorum aliquid fuerit machinatus beschränken [13]).

Uebrigens irren die Beklagten gar sehr, wenn sie meinen, was von der Succession gelte, müsse auch analogisch von den Alimenten gelten. Wenn man gleich annehmen muß, daß der, welcher nicht einmal Alimente fodern kann, auch zu keinem Anspruch auf die Succession berechtigt sei [14]), so kann man doch nicht umgekehrt mit den Beklagten schließen: wer keinen Anspruch auf den Nachlaß machen kann, der hat auch kein Recht auf Alimente. Denn Concubinenkinder (liberi nothi s. naturales) succediren ihrem Vater, wenn er eine rechtmäßige Ehefrau oder Kinder nachläßt, ab intestato

12) Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts nach Heise, Bd. 1. Einleit. §. 7.

13) S. vorzüglich *Ferd. Car. Schweikart* de matrimonii vi in liberis adulterinis legitimandis non deficiente. Regiomonti 1823. §. 16. p. 49 seqq.

14) *Heise* l. c. §. 29. not. 6.

gar nicht, und ist dies nicht der Fall, nur erst in Folge der Nov. 89. cap. 12. §. 4. 5. blos in einen sechsten Theil, den sie mit ihrer Mutter theilen; ein nothwendiges Erbrecht aber haben sie gar nicht [15]); und doch ist es ausgemacht, daß sie von ihrem Vater Alimente fodern können, und konnten sie dieses von jeher, selbst vor dem in jener Novelle ihnen beigelegten beschränkten Intestatrecht. Und eben so gibt es bekanntlich viele Rechtslehrer, welche jenes in der Nov. 89. den Römischen liberis naturalibus beigelegte Successionsrecht heut zu Tage, nachdem das Concubinat durch die Reichspoliceiordnung vom Jahre 1548, Tit. 25, und vom Jahre 1577, Tit. 26, verboten und für straffällig erklärt ist, so daß wir also eigentliche liberos naturales im Römischen Sinne gar nicht haben, unsern spuriis absprechen [16]); aber noch nie ist es jemanden eingefallen, ihnen das Recht auf Alimente zu denegiren.

§. 8.

Das Resultat von diesem allen wäre also: daß so wenig aus dem Römischen als Canonischen Rechte Gründe hergenommen werden können, welche der Klägerin entgegenstehen.

Dagegen ist es, wie schon mehrerwähnt, ausgemacht, daß nach einer, wie die Zeugnisse aller Schriftsteller aus der ältern, mittlern und neuern Zeit ergeben, ganz allgemeinen Praxis, in Deutschland die Verbindlichkeit des Vaters zur Alimentation seiner unehelichen Kinder durchaus unbestritten ist, und daß namentlich diese Praxis, der doch diese Verbindlichkeit eigentlich allein ihre Entstehung verdankt, dabei zwischen den unehelichen Kindern, die wir heut zu Tage spurii nennen, und den adulterinis keinen Unterschied macht [17]).

15) *Heise* l. c. §. 23. not. 9. ibiq. alleg. D. D.

16) Z. B. *Pufendorf* Tom. 1. Obs. 89. *Cannegiesser* in Decisionibus Tom. 1. Dec. 26.

17) *Gail* 2. obs. 88. No. 4 et 12. *Richter* P. 2. Dec. 58.

Selbst der von den Beklagten für sich angezogene Spangenberg [18]) gibt es als ausgemacht zu, daß aus dem mehrallegirten cap. 5. durch einen bestehenden Gerichtsgebrauch und die Praxis, die Alimentations-Verbindlichkeit auch in Rücksicht der adulterini als gegründet und zur Zwangspflicht erhoben angenommen werde.

No. 33. et ad Auth. ex complexu nefario, in f., et de success. ab intest. S. 1. M. 3. No. 3. *Carpzov* in jurisprud. for. P. 3. Const. 14. Def. 11 et P. 4. Const. 27. Def. 10. *Stryk* in U. M. P. Lib. 25. Tit. 3. §. 3 et 6. *Schilter* in praxi juris Romani in foro Germanico. Eperc. 36. §. 124. ad Lib. Pand. 25. Tit. 3. *Lauterbach* in C. T. P. Lib. 25. Tit. 3. §. 16. *J. H. Boehmer* in J. E. P. Lib. 4. Tit. 7. §. 9. et Lib. 5. Tit. 16. §. 14. *Wernher* in Observ. forens. P. 6. Obs. 317. *Struv* jurisprud. forens. cum notis Schaumburgii et annotat. Lüderi Mencken, Lib. 2. Tit. 30. §. 9. ibiq. not. *p* (pag. 257). *Lüder Mencken* systema juris civilis; edit. Schoen, Lib. 25. Tit. 3. §. 8. *Pufendorf* Tom. 4. Obs. 90. *Schaumburg* in compendio juris Dig. Tit. de agnoscendis liberis §. 1. *Berger* Oeconomia juris lib. 1. Tit. 3. th. 15. not. 7 et 14. (edit. 8. Hauboldi pag. 162. 164). Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts Th. 1. §. 482. not. *g* (5te Aufl. Th. 1. S. 736). *Hofacker* principia juris Romano Germanici §. 557. (edit. 2. Tom. 1. pag. 440). A. D. Weber im Commentar zu Hellfeld ad §. 1287. 1288. Th. 2. S. 176. Thibaut im System des Pandektenrechts §. 348. (edit. 5.). *Gottschalk* l. c. pag. 127. Mackeldey Lehrbuch des heutigen Röm. Rechts (ed. 3.) §. 241, da er sich in not. *c* gerade auf das cap. 5. in f. de eo qui duxit in matrimonium bezieht. — In der 7ten Aufl. §. 541. not. *c* erklärt er sich nicht so bestimmt, und bemerkt nur, unter Verweisung auf Spangenberg und Kaucher rücksichtlich der adulterini sei es controvers. Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts nach Heise, 3s Buch §. 217 (2r Bd. S. 260). Glück im Pand. Com §. 1288a. Th. 28. S. 183. 184. u. S. 207.

18) Im Archiv für die civilist. Praxis, Bd. 1. No. 5. p. 83.

§. 9.

Mag man nun voraussetzen, daß jener Gerichtsgebrauch, nach welchem, abweichend vom R. R., der Vater nicht blos seinen eigentlichen Concubinenkindern, sondern seinen unehelichen Kindern überhaupt Alimente schuldig ist, sich aus sich selbst gebildet habe, oder daß er, wie Gail, Carpzow, Stryk, Lauterbach, Quistorp, Weber, Mackeldey und mehrere andre jener Rechtslehrer annehmen, dem Canonischen Rechte seinen Ursprung verdanke, so ist das Resultat für die hier vorliegende Frage immer das nämliche. Nimmt man jenes an, besteht er also unabhängig für sich selbst, so steht auch, wie jene vielen Zeugnisse ergeben, zugleich damit fest, daß die adulterini von jener Regel nicht ausgenommen seien; nimmt man dieses an, so ist gerade das von adulterinis redende cap. 5. X. de eo qui duxit in matrimonium dasjenige Gesetz, woraus man jene allgemeine Regel abgeleitet hat.

§. 10.

Aus dem Bisherigen ergibt sich denn auch das Irrige der ganzen Deduction der Beklagten, wenn sie zu deduciren suchen, daß eine solche vermeintlich gesetzwidrige Praxis nicht berücksichtigt werden könne. Denn sie gehen davon aus, als wenn das Römische und Canonische Recht den Vater zur Alimentation seiner unehelichen Kinder für verbunden erkläre, hievon jedoch die im Ehebruch oder im Incest erzeugten Kinder ausnehme, und meinen nun, wenn die Praxis, dem entgegen, auch diese Letzteren jenen unehelichen Kindern überhaupt gleichstelle, so sei sie, als erweislich falsch und mit ausdrücklichen Gesetzen im Widerspruch, nicht zu berücksichtigen.

Allein so verhält sich die Sache gar nicht. Vielmehr liegt sie so, daß das R. R., wie vorhin weiter ausgeführt, über die Alimentation der unehelichen Kinder von Seiten des Vaters, so wie jene heut zu Tage, wo wir keine eigentliche

naturales mehr haben, vorkommen, gar nichts besonders disponirt, vielmehr den Vater dazu überall nicht verpflichtet, was jedoch anerkannt, sowohl überhaupt in den deutschen Gerichten, als auch insbesondre in A, anders ist; daß diese ganz unbestrittene Abweichung vom R. R. und die allgemeine Alimentations-Verbindlichkeit des Vaters in Absicht der unehelichen Kinder überhaupt, lediglich im Gerichtsgebrauch sich gründet, der, nach einer ziemlich allgemeinen Annahme, dem gerade von adulterinis handelnden Cap. 5. X. alleg. sein Entstehen verdankt, indem nur diese Stelle des Canonischen Rechts von der Verbindlichkeit des Vaters zur Alimentation unehelicher Kinder handelt, und daß also eben deshalb und weil nach jenem Gerichtsgebrauch die adulterini von jener Regel nicht ausgeschlossen sind, überall kein Rechtsgrund aufzufinden ist, weßhalb nicht die Klägerin vollkommen berechtigt wäre, jene Alimentation ihres Kindes zu fodern.

Die Beklagten würden diesem nach im Grunde nur dann obtiniren können, wenn sie nachzuweisen vermöchten, daß der Gerichtsgebrauch von jener durch ihn selbst eingeführten Regel bei den adulterinis eine Ausnahme gemacht hätte. Dies ist aber so wenig der Fall, daß vielmehr gerade das Gegentheil klar vor Augen liegt.

§. 11.

Auch Spangenberg und Kaucher, in den angeführten Abhandlungen, verfallen zum Theil in diesen Irrthum.

Beide haben die Heise'sche Dissertation offenbar nicht gekannt, weil sie sonst die Auth.: Ex complexu Cod. de incestis et inutilibus nuptiis, die Nov. 74. cap. 6. und die Nov. 89. cap. 15. nicht so wie geschehen interpretirt haben würden, und suchen nun zu deduciren, daß durch das Canonische Recht nichts geändert worden, und daß der Satz, daß Aeltern, oder doch der Vater, den liberis adul-

terinis Alimente schuldig seyen, darin nicht im Gegensatz des Römischen Rechts als etwas neues positiv ausgesprochen sei.

Man kann aber dieses immer zugeben, ohne daß darum der Anspruch auf Alimente weniger begründet wäre.

§. 12.

Was den Werth des Gerichtsgebrauchs betrifft, so ergibt sich aus der bisherigen Darstellung schon, wie wichtig und beachtenswerth er in dieser Materie sei, da die ganze, doch völlig unbestrittene, Verbindlichkeit des Vaters zur Alimentation der unehelichen Kinder im Grunde nur ihm, oder doch der, durch ihn eingeführten, Auslegung der cap. 5. X. alleg., ihr Entstehen verdankt. Dann aber fehlt es ja nicht an Beispielen, daß selbst ganz ausgemachte Sätze des positiven Rechts durch den Gerichtsgebrauch, wenn er so allgemein und unbestritten ist, wie hier, abgeändert sind, wie z. B. die im Canonischen Recht ganz klar begründete Verbindlichkeit des stuprator zum duc *et* dota in das duc *aut* dota [19]). Um wieviel mehr wird er daher Beachtung verdienen, wo — und dies wird doch jeder zugeben müssen — die Sache in der Theorie wenigstens höchst zweifelhaft ist [20]), zumal, wenn die in der Praxis allgemein befolgte Meinung so offenbar in der Billigkeit begründet ist. Hier findet gewiß volle Anwendung, was Heise [12]) sagt: „Quod si autem, „missis his omnibus, ponamus, dubium adhuc esse — „— nonne diserte nos jubent leges, in re dubia mitiorem atque benigniorem sequi sententiam. L. 19. „D. de legibus. L. 56. L. 90. L. 192. §. 1. D. de regulis

19) Cap. 1 et 2. X. de adulteriis. *J. H. Boehmer* J. E. P. Lib. 5. Tit. 16. §. 3—6. Quistorp a. a. O. §. 479. S. 726.

20) Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts nach Heise, B. 1. §. 13.

21) In Diss. alleg. §. 31.

„juris? Num vero dubitari potest, quaenam sententia „aequior atque benignior sit? Lubenter quidem con„cedo, immo ipse pro viribus defendo, judicis non „esse, ut, si legem habet claram, licet duram, aequi„tatis rationibus indulgeat, atque his motus contra „legem aliquid decernat. Quando autem verba legis „ambigua sunt et interpretationem ancipitem admit„tunt, tunc benignitatem spectet, atque eam sequatur „sententiam, quae rationem et aequitatem habet. Sem„per enim in dubio legislator aequum aliquid et ratio„nabile decernere voluisse praesumendum est. Atque „tibi, haec principia tenenti, jam liquide constabit, „meam novellarum interpretationem vulgari praeferen„dam esse.“ 22)

§. 13.

Diesem allem nach steht es fest, daß die Klägerin, für das mit dem verstorbenen B. erzeugte Kind, die gewöhnlichen Alimente von diesem, wäre er noch am Leben gewesen, in Anspruch zu nehmen rechtlich befugt gewesen wäre, und so kann es sich ferner nur fragen: ob sie diese Befugniß durch dessen Tod verloren habe, oder ob sie nicht vielmehr dieselbe eben sowohl gegen dessen Erben geltend machen könne.

Hier spricht zuvörderst für die Klägerin der Umstand, daß die Nov. 89. Cap. 12. §. 6. ausdrücklich und allgemein verordnet, daß liberi naturales nach dem Tode ihres Vaters, wenn dieser, außer jenen, eine rechtmäßige Ehefrau oder legitime Kinder nachläßt und sie also ein Intestaterbrecht überall nicht ansprechen können, dennoch von denen, die in des Verstorbenen Rechte und Verbindlichkeiten eintreten, nach billigem Ermessen und nach Verhältniß der Größe des Vermögens Alimente erhalten sollen — — pasci vero naturales a le-

22) S. auch C. F. Elvers theoretisch-praktische Erörterungen aus der Lehre von der testamentarischen Erbfähigkeit. Göttingen 1827. S. 32—49.

gitimis sancimus, ut decet eos secundum substantiae mensuram etc. — — et illi aluntur ab eis successoribus. [23])

Da nun bei uns, nachdem wir keine eigentlichen naturales mehr haben, uneheliche Kinder überhaupt in Absicht auf die ihnen gebührenden Alimente den Römischen naturalibus gleichgesetzt sind, so ist kein Grund vorhanden, warum nicht auch jene Vorschrift hier Anwendung finden sollte. [24])

§. 14.

Sieht man indeß unsre heutige Verpflichtung der Stupratoren zur Alimentation als eine obligatio ex delicto an, so leidet es vollends keinen Zweifel, daß nicht diese Verbindlichkeit auf die Erben übergehe.

Diese Verbindlichkeit als eine obligatio ex delicto zu behandeln, ist aber offenbar consequenter und mit weniger Schwierigkeiten und Widersprüchen verknüpft. [25])

Bei den Römern nämlich war der Vater nur zur Alimentation seiner Kinder verpflichtet, insofern sie in einer rechtmäßigen Ehe oder im erlaubten Concubinat erzeugt waren; bei uns ist er es überhaupt, wenn sie auch einer unerlaubten und verbotenen Verbindung ihr Daseyn verdanken. Und was die Hauptsache ist, da wo man die exceptio plurium concubentium s. plurium stupratorum nicht zuläßt, wo man also keine Gewißheit und Beweis der eigentlichen Vaterschaft verlangt, sondern es für genü-

---

23) *Carl Scharschmidt* exercitationes ad Novellas. Exerc. 15. No. 31. p. 349.

24) *Stryk* in U. M. P. Lib. 25. Tit. 3. §. 2. . . „Postquam „autem concubinatus in foris nostris extra matrimonium „non datur, hoc ipsum quod de naturalibus dispositum „est, ad spurios applicatur."

25) v. Bülow und Hagemann praktische Erörterungen, Bd. 4. No. 70. §. 9. S. 368. Wening-Ingenheim a. a. O. 3s Buch §. 217. (2. Bd. S. 260).

gend hält, wenn der, welcher in Anspruch genommen wird, geständig oder überführt ist, den Beischlaf zu einer solchen Zeit vollführt zu haben, daß er hiernach und in Beziehung auf die L. 12. D. de statu hominum und L. 2. §. 12. D. de suis et legitimis als Vater anzusehen, ohne daß er mit jener Einrede, wenn er sie auch bewahrheiten könnte, überall auch nur zugelassen wird, da kann man, ohne inconsequent zu seyn, jene Verbindlichkeit unmöglich als in der Verwandtschaft, im nexu sanguinis, in der eigentlichen Paternität begründet, sondern muß sie nothwendig als eine obligatio ex delicto behandeln. Da nun jene so eben entwickelte Theorie seit jeher von den Gerichten in A. streng befolgt wird, so folgt hieraus, daß jene Verbindlichkeit auch in der jetzt hier in Frage stehenden Beziehung als eine solche behandelt werden müsse.

§. 15.

Und so reducirt es sich am Ende darauf: ob und in wie weit eine solche obligatio ex delicto überhaupt auf Erben übergehe, selbst wenn auch noch keine Litis-Contestation mit dem Verstorbenen erfolgt ist?

Schon nach R. R. gehen reipersecutorische Klagen aus unerlaubten Handlungen (ex delicto), die nicht bestimmt einen dolus voraussetzen, auf die Erben über, diese mögen dadurch bereichert seyn oder nicht [26]), und nach Canonischem Rechte unterliegt die allgemeine Zulässigkeit eines solchen Klagrechts gegen die Erben, so weit die Erbschaft reicht, ohne einige Beschränkung vollends nicht dem mindesten Zweifel. [27])

26) L. 9. §. 1. D. quod falso tutore. L. 12. §. 1. D. siquis omissa causa test. L. 9. §. 8. D. de rebus auth. judicis possidentis.

27) Cap. 14. X. de sepulturis. Cap. 5. X. de raptoribus, incendiariis. Cap. 9. X. de usuris. Cap. 28. in f. X. de sententia excommunicationis. *Voet* in Comm. ad P Lib. 4. Tit. 3. §. 12. Lib. 27. Tit 7. §. 6. ibiq. cit. D. D. Lib. 47.

Die Klage auf Alimentation eines unehelichen Kindes wird daher unbedenklich gegen die Erben zugelassen. [28]).

Zwar hat von Löhr [29]) gegen jene gewöhnliche Ansicht, daß nach Canonischem Rechte Erben ganz allgemein für die Verbindlichkeiten ihres Erblassers ex delicto hafteten, sobald nur eine actio rei persecutoria vorliege, einwenden wollen: die dafür angeführten Stellen bewiesen vielmehr das Gegentheil, da sie nicht die weltliche, sondern nur die geistliche Gewalt für hinreichend hielten, die Erben zu zwingen, für das Seelenheil ihres Erblassers zu sorgen. Allein wenn auch das von ihm allegirte Cap. 14. X. de sepulturis und Cap. 5. X. de raptoribus, so wie das Cap. 28. X. de sententia excommunicationis allenfalls eine solche Auslegung zulassen, so ist dies doch mit dem, wie es scheint, von ihm

---

Tit. 1. §. 3. *Mevius* P. 5. Dec. 39. *Hellfeld* jurispr. for. §. 449. in f. *J. H. Boehmer* J. E. P. Lib. 5. Tit. 7. §. 5. A. D. Weber zu Hellfeld §. 449. Thibaut System des Pand. R. §. 68. *de Kamptz* de fundamento et limitibus obligationis liberorum ad facta parentum praestanda (eine von der Göttingischen Juristen-Fakultät im Jahre 1790 gekrönte Preisschrift) §. 44. p. 58. 59. Glück im P. R. §. 1288. Bd. 28. S. 171. Hufeland Lehrbuch des gemeinen Civilrechts §. 1009. Bd. 2. S. 86.

28) *J. H. Boehmer* J. E. P. Lib. 5. Tit. 16. §. 14. et Tit. 17. §. 128 seqq. Quistorp Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien No. 5. S. 58. Derselbe in den Grundsätzen des peinlichen Rechts §. 482. (edit. 5. Th. 1. S. 741). *Koch* institutiones juris criminalis §. 280. *Idem* de successione ab intestato §. 32. in f. (edit. 8. p. 75). v. Bülow und Hagemann a. a. O. Th. 4. No. 70. §. 2. Kapff merkwürdige Civilrechtssprüche der höchsten und höheren Gerichtshöfe in Würtenberg. Tübingen 1821. 1. Bd. No. 39. in f. S. 270. Glück a. a. O. S. 207, obgleich freilich bei weitem nicht alle diese Schriftsteller den Grund darein setzen, daß es eine obligatio ex delicto sei.

29) In seiner Theorie der Culpa. Gießen 1806. §. 18. S. 113.

ganz übersehenen, Cap. 9. X. de usuris nicht der Fall; dieses spricht so allgemein und bestimmt, daß man nicht umhin kann, die gewöhnliche Meinung als die richtige anzuerkennen. 30)

VIII.

Was hat der deutsche Proceß im Ganzen und im Detail durch die neuere doctrinelle und legislative Behandlung gewonnen?

Beantwortet von Mittermaier.

Schon oft ist der Redaction des Archivs der Wunsch geäußert worden, daß die im Band I. S. 15 ꝛc. u. Bd. II. S. 153 begonnene Uebersicht der neueren Literatur des Civilprocesses fortgesetzt werden möchte. Der Verfasser dieses Aufsatzes hält es aber für zweckmäßiger, die Fortsetzung unter einem andern höheren Gesichtspunkte zu behandeln, und durch die Beantwortung der oben aufgestellten Frage eine in das kleinste Detail gehende Darstellung der Ergebnisse neuerer Forschungen über den Civilproceß zu liefern. — Wenn man die verschiedenen Werke vergleicht, welche den Civilproceß entweder im Ganzen behandeln, oder einzelne Lehren des Processes entwickeln, so bemerkt man leicht eine Verschiedenheit der mehr oder weniger mit einander kämpfenden Grundansichten, von deren Anwendung wieder das Resultat abhängt, zu welchem jeder Forscher kömmt. — Es können vorzüglich vier solche Grundansichten, die zugleich die Methoden der Behandlung des Processes bestimmen, von einander unterschieden werden: 1. die philosophische (nicht unpassend als

30) S. auch cap. 3. X. de pignoribus et aliis cautionibus.